

# ドイツにおける代理の法的構成論：統一要件論の再検討(創刊20周年記念号)

著者名(日)	伊藤 進
雑誌名	駿河台法学
巻	21
号	2
ページ	150-125
発行年	2008-02
URL	<a href="http://doi.org/10.15004/00000184">http://doi.org/10.15004/00000184</a>



# ドイツにおける代理の法的構成論

## —統一要件論の再検討—

伊 藤 進

### 1 序

代理を構成するのは、本人と代理人間の権限授与の関係、代理人と相手方間の行為の関係、相手方と本人間の効果帰属の関係という三面関係である。このため、代理の法的構成については、これら三面関係を如何に関係づけるかが問題となる。このような代理の法的構成に関する議論は、一九世紀におけるドイツ普通法学において展開され、わが国にも継承されてきた。そこで、これまで定説とされてきたのが代理人行為説であった。しかし、1955年に、Müller-Freienfels<sup>(1)</sup>は「私法は自己の利益については当事者自身がもっとも適切な判断者であるという私的自治の原則に立っている。法律行為はこの法的自己決定を実現するものであるから、代理が法律行為において許されるかぎり、代理もまたこの自己決定の理念に服さなくてはならない。根本問題は、法律行為の要素としての意思表示が、本人ではなく、それを委任された代理人が行うということが、かかる法律行為の一般原則と相容れるかどうかである」との問題提起の下に、いわゆる統一要件論を提唱した。この統一要件論は、ドイツ代理論に大きな影響を与え、FlumeやPawlowskiを中心とする代理法研究者の支持するところであるし、わが国でも浜上代理論、遠田代理論、旧伊藤代理論、高橋代理論、佐久間代理論などの代理法研究の出発的となっている<sup>(2)</sup>。

そこで、本稿では、代理の法的構成再考のために、このMüller-Freienfelsの統一要件論<sup>(3)</sup>を再検討するものである。

(1) Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäfte 1955.

(2) わが国における代理の法的構成論については、拙稿「わが国における代理の法的構成論—「三当事者法律行為」形象の提言—」明治大学法科大学院論集1号1頁以下参照。

- (3) Müller-Freienfersの統一要件論については、わだ国では既に、多くの代理法研究者により紹介され検討されている。そこで、Müller-Freienfersの統一要件論の検討に当たっては、主として、わが国で、すでに紹介されている論稿に依拠し、また翻訳も借用した。そして、原典で確認したもの以外の記載については、いわゆる孫引きである。このため、注記において、紹介者の出典を掲げ、原典については括弧書きで記載した。この意味で、ここで再考することがどれほどの意味があるのかの反論が予想される。ただ、代理の法的構成についての私見を形成するにあたっての前提として、それらを再整理し、再評価し直すという意味で検討を加えることが不可欠であると思われるので、敢えて再検討することにした。

## 2 統一要件論の展開

### (1) Müller-Freienfers代理論<sup>(1)</sup>

統一要件論は、これを要約すると、代理は、代理権授与行為と代理行為とが共同して、代理なる一つの法律行為となる。そして、代理権授与行為は、それ自体としても法律行為であり、かつ代理行為と共にまた別の法律行為（統一要件）（Gesamtatbestand）の一構成要素となると構成する。この統一要件論は、約一世紀の間支配してきた代理人行為説を批判し、代理の法律効果の発生要件に対する代理権授与行為の意味を正当に理解し明らかにしたもので、Müller-Freienfersによって提唱された見解である。

#### (i) Müller-Freienfersの問題意識

Müller-Freienfersは、「代理はその機能からみれば、組織的制度 (organisatorische Einrichtung) である。代理の目的は、代理人の助力によって本人の活動範囲を拡大することであり、権利の発生と行使の過程における分業 (Arbeitsteilung) を意味する。代理人の職務は法律要件の完成に協力することであり、取引 (Geschäft) が締結されれば、その役割は終わる。作り出されたもの (Geschaffen) には、もはや代理人は関係しない。」との認識に立つ<sup>(2)</sup>。その代理の法的構成に当って「代理は私法の基本理念である私的自己経営 (Selbstbetrieb) を実現させることと一致するのか、また如何にして一致するのかを考えざるを得ない」<sup>(3)</sup>、「私法が「自己決定」の法形式であるとき、如何にして、代理人が専ら他人に帰属せしめる「法律行為」を締結することができるのであろうか。」との問題意識から出発する<sup>(4)</sup>。かかる問題意識から、代理

人行為説に対し、「法律行為が法的自己決定の理念を現実化するものであるとしつつ、代理人は、その法律行為上の意欲により、その法律効果を自己にではなく、本人のために決定するとするのは、まったく矛盾しているのではないだろうか」との疑念を呈示する<sup>(5)</sup>。

(ii) 代理権授与行為と代理行為の「統一要件性」

代理を分析すれば、代理権の承認という形式的部分と代理人の行為という実質的部分に分れ、両者すなわち授權行為と代理行為とが法律行為になる。これを解明することが代理効果の法律行為的根拠を認識する前提であり、それなしには当事者の自由な私的自治の秩序体系である私法と他人によるその法律状態の形成を意味する代理の観念とが一致することを明らかにすることができない<sup>(6)</sup>。「代理権授与行為も代理行為と同じぐらい重要である。申込と承諾とが契約効果につきそうであるように、代理権授与行為と代理行為とは代理効果の発生を当事者意思に遡って正当化することにつき等価値であり、等しく不可欠である。」「法秩序は、完全な法的効力を、代理権授与行為だけでも代理行為だけでも結び付けるものではなく、両者共同でのみ結び付ける。法律効果は、私法上の意味においては、代理権授与者と任意代理人との『意欲された』ものと考えらるべきである。」として、代理権授与行為と代理行為の不可欠等価値での共同を強調する<sup>(7)</sup>。このことによって、「私的自治（自己決定）」という私法の基本原則に代理を一致させるには、代理人行為説のように「代理権の授与において存する本人の代理への関与を否定することの不当性を指摘」する<sup>(8)</sup>。

このことを前提として、代理効果が法律行為としての効力を発生する根拠となるのは、それ自体、法律行為である代理権授与行為と、それ自体は法律行為でない代理人の行為とが共同して、一つの法律行為を形成する。代理の法律要件は、代理権授与行為と代理人の行為とからなる統一要件（Gesamttatbestand）なのである。代理権授与行為はそれ自体法律行為であると同時に代理権授与行為と代理人の行為とからなる法律行為の法律要件構成事実をも構成する<sup>(9)</sup>として、いわゆる「統一要件論」を提唱する。

(iii) 代理権授与行為の性質

そして、Müller-Freienfelsは、代理権授与行為が法律行為であることを論証する。一般に、法律行為なるものは、行為者が意欲した通りの法律効果の発生をもたらす法律事実と考えられている。さすれば、代理権授与が法律行為であ

るというには、法律行為上の法律効果をもつかどうかを究明する必要がある。この究明に際しては、第一に代理権授与は、法律行為の概念が前提としているような代理権授与に特有の特別の法律効果をもつかどうか、第二に、もしそれが肯定される場合に、この法律効果が本人によって意欲されているゆえに生じたものであるかに注目する必要がある<sup>(10)</sup>。第一の点は、任意代理制度において、代理権が本人の授權行為により代理人に与えられた場合に、本人または代理人の死亡とか、本人または代理人の交替とか、破産した場合のように、代理権授与の後で、代理人が行為に着手するまでの短時間に特別の事故が発生したときは原則として代理権は消滅し、代理効果は発生しないことになる。このような結果からして、代理権授与の独立した特有の法律効果をもつことは明らかである<sup>(11)</sup>。第二の点は、代理権が本人、代理人または相手方のいずれかの利益のために与えられる場合に、本人は代理人に包括代理権を与えるのか、撤回不能の代理権または撤回可能の代理権を与えるのか、あるいは期限付代理権または無期限代理権を与えるのか等、いかなる代理権を与えるのかに関する二者択一の可能性が存在しており、そのことによって本人はその意思に応じた任意代理権を与えることになる。とくに使者の委任と比較するならば、本人は代理権授与によって、本人に代って法律効果の評価を独立してなすことを代理人に委託していることから明らかとなる。そのことは、本人が独立して本人のために有効に行為する手段、すなわち代理権という機能を他の者である代理人に意欲して与えることを意味するもので、本人はこの法律効果を基礎づけることに關し、意思表示をしなければならないのであって、本人の独立して意欲された法律効果をもつ授權としての代理権授与の性格を明らかに示しているとする<sup>(12)</sup>。このように、Müller-Freiefenlsは任意代理権授与行為の独立した法律効果を明らかにし、さらにこれが本人の意欲にもとづく独立した法律効果であるとして、代理権授与行為の法律行為なることを根拠づけている。

しかしこのように、代理権授与行為を法律行為であるとしても、代理権授与行為のみでは未だ確定的にいかなる代理効果も生じない。しからば代理権授与行為は何を意味するのであるか。代理権授与行為は、代理人に組織的な特別の地位（資格）を意味する代理権を授与する。すなわち、代理権は代理人が代理行為を行うための前提とされるものであり、組織的な特別の地位を意味する。そして代理人はその地位に基づいて代理行為を行うのである。ゆえに、代理権

授与行為の際に、この法律行為の特別の形式的性格、すなわち終局的法律効果をもたらす実質的行為（代理人の行為）への関係、したがってまた部分的法律行為としてのこの法律行為の特性を忘れてはならないのである<sup>(13)</sup>。すなわち、「本人は自分に代わって法律効果の評価を独立して行うための権限を代理人に与えるのであるから、代理権授与行為は、独立したしかも意欲された法律行為を持つことは明らかである。したがって契約の申込が単なる意思表示であり、その法律効果である相手方の承諾権の発生が申込によって意欲されていないのに対し、代理権授与行為はそれ自体で一つの法律行為である」と解する<sup>(14)</sup>。

(iv) 代理人の行為の性質

このように、代理権授与行為は法律行為であるというが、代理人の行為は意思表示であって法律行為でないとする<sup>(15)</sup>。すなわち、私的自治のイデーを実現する手段としての法律行為の概念は、一般に当該法律行為に必ず独自の意図（着手）を必要とする。法律行為は社会的自治の観念に役立つものであり、当事者は自ずからのイニシャチブ（発意）と創造力によって自由にその法律関係を規制すべきである。このような私的自治としての法律行為の観念によるならば、任意代理人の行為は、代理人の自己決定に基づく行為でないから、代理人の行為のみでは法律行為と見做すことはできない。それは、本人のために決定するものであり、まず第一に法律行為の観念に矛盾する。代理人の行為は、本人自ら行う代理権授与行為の範囲において存在し、しかも本人の私的自治に役立つことによってのみ一般に私法上承認されるものである。それゆえ、法律行為としての代理人単独の表示は、任意代理権授与を是認する根拠を欠く法律行為として、本人に対する代理人の関係の位置づけと同格である。代理権授与なした代理人の本人に対する関係を位置づけることは、法律行為の観念の領域において行われたい。したがって代理権授与なしに代理人の本人に対する関係を位置づけることは、任意代理の制度においては認められず法定代理の制度においてのみ認められるのであるという。

(v) 代理権授与行為と代理行為との「結合」

最後に、このような法律行為でない代理人の行為と法律行為である任意代理権授与行為とは、どのようにして一つの法律行為となることができるかをみる。そのために、もう一度、代理権授与をみることにする。代理権授与の際には、終局的法律効果をもたらす実質的行為（代理人の行為）への関心のあることは、

この法律行為の特性として忘れることができないことは前述した。これは、代理権授与の際に、代理の効果が本人によって共に欲せられているということを看過してはならないことを意味している。たとえば、代理人の固有の利益のために認められている代理権や共同代理権の場合には本人の立場においては、不確定な法律効果の要求で十分ではなく、本人はその効果を詳細に規定し、本人が代理人によって義務づけられ、権利を処分しうる限界を確定しなければならないことになるのである。このように代理権授与において、本人は間接に代理人の権能を承認することを意図しており、本人は代理人によって義務づけられ、権利を処分しうる限界を確定しなければならないのである。これらのことは、代理権授与は、独自の単独の効果として任意代理権を生じ、この効果は法定の前効果ではなく、固有に欲せられたものとしてそれ自体法律行為であることを意味すると共に、代理効果の発生のために、代理権授与と代理人の行為とからなる法律行為の一部であることを意味する<sup>(16)</sup>。

だがここで解決しなければならない問題は、代理権授与と代理人の行為とが一個の法律行為であり、しかも代理権授与も独自の法律行為であるということとは論理的に矛盾ではないかということである。これについてMüller-Freienfelsは、法律行為が同時に他の法律行為の部分であり得ないことについては、契約の申込と全体としての契約は、各々常に独自の法律行為でないという普通法理論において主張されていた。現在においても契約の申込は法律行為ではなく法律行為の部分であり、申込と承諾とが全構成要件であるということは承認されている。しかし、代理権授与と申込とを同性質の意思表示とみることはできない。なぜなら、契約の申込は、受領者がそれを欲するならばという条件の下に契約の効果を意図し、受領者がそれを承諾するという単なる機械的結合であるのに対して、代理権授与は、代理人に対してある種の代理権を与えるという法律効果を意図していると共に、代理の効果についてもそれを意図しているのであり、その結果、代理権授与と代理人の行為とは化学的結合をなすからである。そこで代理権授与は、一つの法律効果だけに向かうものでなく、二つのそれぞれ異なる法律効果に向かうものであるからこれは論理的に矛盾するものではないというのである<sup>(17)</sup>。

#### (vi) 統一要件論と代理権・包括代理権

まず、Müller-Freienfelsは、「代理権は、代理人の自己の権限であるが、そ

れは本人に帰属する権限に基づく。権限の序列において、代理人の権限は本人の権限に続くものであって、本人の第一次的権限に対して、二次的である。この結論は、代理が「組織的な法領域」に属する制度であることと一致、また、私法の規範形成的・規則設定的性質ともびったりあう。」<sup>(18)</sup>

次に問題となるのは、そうすれば包括代理権授与の際に、全法律効果（代理の効果）を本人も法律行為に欲したと考えることができるかということである。これについてもMüller-Freienfelsは肯定する。普通、本人が代理人に包括代理権を与えるのは、本人が法律効果として種々の利益を自己のものにするという意識にもとづいている。それは、代理人が欲したことに拘束されるという本人の考えが、代理権授与に存在するということである。代理人によって評価された法律効果は本人に対して生ずるということが、すなわち法律効果の創造が常に本人の意思表示の直接の対象である。それは、代理人の行為に対する承認ではなく、代理人の行為の結果に対する承認であり、この意味において包括代理権授与に際して本人も欲したと考えることができるのであるという<sup>(19)</sup>。

かくのごとく、代理権授与の代理効果に対する意義が明らかにされた以上、代理人の行為との結合関係は明らかに説明することができることとなった。すなわち、代理の法律行為が有効である根拠は、本人が背後に居り代理人が行為することに基づく。すなわち本人の意思が正当な根拠であり、契約当事者は代理人である。これらが全体として法律効果を生ずることになる。そこでは、代理権授与は組織的もしくは、形式的行為として現われ実質的行為である代理人の行為とは、法律行為の条件でなく、一般に言う条件の意味で、相互に条件をなして結合することになる。そうみることによって始めて、私的自治としての法律行為の観念から代理制度を理解することができるのであると解しているのである。

#### (vii) 統一要件論と無権代理

Müller-Freienfelsは、「無権代理の追認においては、法律行為の内容は確定されており、代理権授与のように、他人に法律効果の独立の評価を委ねるものでないから、追認はそれ自体法律行為ではなく、その部分にすぎない。しかし、代理の効果の発生のために代理権授与もしくは追認が要求されているのは、同一の法政策的考慮に基づくものであるから、代理権授与行為もまた、それと代理人の行為とからなる法律行為の一部であると認めざるを得ない」<sup>(20)</sup>とする。



## (viii) 統一要件論と代理規定

代理規定との関係では、Müller-Freienfelsはまず「代理に必要な二つの本質的メルクマールは他人の名における行為と代理権であるが、通説はこの代理権の必要性を看過している。法文(BGB164条)は、代理人が権限内で本人の名においてなした意思表示は本人のために直接その効力を生ずる、と規定しているのに、通説は本人の名における行為、つまり条文の半分にしか注目していない」とし、統一要件論の条文適合性を指摘する<sup>(21)</sup>。

ついで、代理人行為説の根拠として引用されるBGB § 166条については、この規定の背後には論理の問題でなく、合目的性の問題が存在する。いかなる範囲で本人の知りたることが顧慮されるべきか顧慮されたとすれば如何なる程度においてかということは、代理人行為説の論理や代理権授与行為は統一法律要件の一部を構成するものであるかどうかという体系的問題の態度の取り方から演繹することのできないものであり、種々の利害関係を考慮してそれぞれの制定法の個々の規定の精神と目的に従って決定されるところとして、個別に種々の場合について例証する<sup>(22)</sup>。

## (vii) 統一要件論と法定代理

ついで、法定代理においては、統一要件論のいう代理なる法律行為の構成要素である本人による代理権授与行為が観念できない。そこで、Müller-Freienfelsは、任意代理権授与それ自体法律行為であると同時に、この法律行為は任意代理権授与と代理人の行為とからなる法律行為の一構成要素である。そして任意代理の際には本人によって意欲された範囲において法律行為が締結されるが、法定代理の場合には異なる。勿論、法定代理にあつては、代理人は代理権の範囲内においてのみ権能を有するから、行為は代理権の範囲においてなされなければならない。しかしこのことは、制定法の意味が個々の代理の法律効果の中に含まれているということの意味しない。かかる必然性は何もない。というのは法律行為の観念は代理効果が代理権授与者である本人の意思と一致することだけを要求するからである。法定代理の授与の際には特別の意思表示による代理効果の評価(意欲)がないということは、法定代理にあつては原則として、本人の側の一人(法定代理人)だけがある事を欲しなければならないということの意味する。任意代理にあつては、本人ならびに代理人が法律効果を欲しなければならず、原則として、相手方である第三者が法律効果が本人に

帰属するということを知らねばならないのに反し、法定代理にあっては代理人だけが法律効果を評価し、相手方である第三者が法律効果が本人に帰属するものであるということを知ればそれで充分である。法定代理人だけが行為をなすのであり、後見裁判所あるいは国家のような法定代理権授与者は、この行為には関与していないのである。ところで法定代理人の行為もまた行為であって法律行為でない。法律行為というのは、人間の生活関係の創造的な自己形成の手段であるからである。」とみる<sup>(23)</sup>。このことから、「本人の意思を代理の効果発生の主たる原因とみることによって、代理は自己決定の原理と調和する。しかし、法定代理ではこのように考える余地はない。本人は、効果の発生についてもその範囲についても、何も決定しない。彼は意思主体として関与しない。彼が決めるのではなく、彼のために決められる。本人が完全な意味のFremdbestimmungにさらされるところに、法定代理の特色がある。法定代理の要件と効果は、通説の考えと異なり、純粹に私法的とはいえない。法律行為の理念は直接これには関係せず、したがって、『後見人の私法上の代理権』というのは適切ではない。」とする<sup>(24)</sup>。

しかしこのことは、法律行為に関する規定の基礎となっている利益評価が法定代理人の行為に対しても適当である限り、法定代理人の行為に法律行為に関する規定を適用することをさまたげないとする<sup>(25)</sup>。

- 
- (1) Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft 1955. Müller-Freienfelsの代理論については、遠田新一「任意代理効果の基礎理論」広政経論叢8巻3号68頁以下、浜上則雄「代理理論における本人行為説と代理人行為説について(二)」阪大法学28号48頁以下、拙稿・任意代理基礎理論(1990・成文堂)44頁以下、高橋三知雄・代理理論の研究(1976・有斐閣)75頁以下、佐久間毅「任意代理の法理」岡山大学法学会雑誌39巻4号153頁以下に詳細な紹介がある。
- (2) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 71. (高橋・前掲書76頁)。
- (3) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 6~8. (佐久間・前掲155頁)。
- (4) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 14. (佐久間・前掲155頁)。
- (5) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 14. (佐久間・前掲155頁)。
- (6) Müller-Freienfels, a.a.s, O.S. 190. (遠田・前掲69頁。拙稿・前掲書44頁)。
- (7) Müller-Freienfels, a.a.s, O.S. 216~217. (佐久間・前掲160頁)。
- (8) 佐久間・前掲160頁~161頁。
- (9) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 190, 202. (浜上・前掲(二)(阪大法学28号)49頁。拙稿・前掲書44頁、佐久間・前掲163頁)。

- (10) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 192. (浜上・前掲(二) (阪大法学28号) 50頁)。
- (11) 遠田・前掲72頁。
- (12) 遠田・前掲73頁, 81頁, 浜上・前掲(二) (阪大法学28号) 53頁 (Müller-Freienfels, a.a.O.S. 210ff.)。
- (13) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 219. (遠田・前掲71頁, 浜上・前掲(二) (阪大法学28号) 51頁)。
- (14) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 192. (高橋・前掲書77頁)。
- (15) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 210. (佐久間・前掲163頁, 高橋・前掲書77頁, 拙稿・前掲書46頁, 遠田・前掲75頁, 浜上・前掲(二) (阪大法学28号) 53頁)。
- (16) 遠田・前掲83頁。
- (17) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 206. (遠田・前掲84頁, 浜上・前掲(二) (阪大法学28号) 54頁)。
- (18) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 89. (佐久間・前掲162頁)。
- (19) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 206. (遠田・前掲89頁, 浜上前掲(二) (阪大法学28号) 55頁)。
- (20) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 202. (高橋・前掲書80頁)。
- (21) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 17 (高橋・前掲書75頁～76頁)。
- (22) 浜上(二)65頁以下 (Müller-Freienfels, a.a.O.S. 221ff.)。
- (23) Müller-Freienfels, a.a.O.S. 359ff. (浜上・前掲(二) (阪大法学28号) 76頁。高橋・前掲書82頁以下, 前田泰「ミューラー・フライエンフェルス法定代理論」徳島大学社会科学研究所 7号 (1994) 参照。
- (24) 高橋・前掲書84頁 (Müller-Freienfels, a.a.O.S. 340ff.)。
- (25) 高橋・前掲書87頁 (Müller-Freienfels, a.a.O.S. 360ff. 389ff.)。

## (2) 統一要件論の状況

この統一要件論は、遠田教授によれば<sup>(1)</sup>, Helmut CoingがStaudinger Commentarでかなり全面的に採り入れ<sup>(2)</sup>, Max Rheinstain<sup>(3)</sup>も高く評価し紹介しているといわれている。また、高橋教授<sup>(4)</sup>は、その後も、Müller-Freienfels代理論を契機として、ドイツ代理論では、通説とされていた代理人行為説の理論的弱点を指摘・批判する学説が続出し、代理人行為説が定説はおろか通説であるとさえいえない状態を作り出しているといっている。とくに、統一要件論の出発点となっている代理の法的構成と私的自治との調和の必要性という基本視点の影響は多大である。後述のように、本人意思を重視しながら代理人の行為と結合させるようとするFlume代理論やPawlowski代理論のような有力代理学説を生み出す契機となったことは否めない状況にある。

わが国でも、浜上代理論<sup>(5)</sup>、遠田代理論<sup>(6)</sup>、旧伊藤代理論<sup>(7)</sup>などがMüller-Freienfels代理論を紹介すると共に、それに依拠した代理論を展開している。いずれも、定説ないし通説とされてきた代理人行為説に対しての批判として展開するものである。また近時においても、Müller-Freienfels代理論の影響を受けたFlume代理論に依拠する高橋代理論<sup>(8)</sup>や、Müller-Freienfels代理論に影響されたPawlowski代理論に依拠する佐久間代理論<sup>(9)</sup>が展開され、いずれも統一要件論に根ざすものである。

- 
- (1) 遠田新一・代理理論の基礎研究（1976・広島大学政経学部政治経済研究所）8頁。  
 (2) Helmut Coing, Staudinger Kommentar, BGB LI. Allgemeiner Teil (11. neube Aufl.) S. 940ff. 1956.  
 (3) Max Rheinstain, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (22. Jahrgang. 1957 Heft 2) S. 372, 375.  
 (4) 高橋・前掲書6頁  
 (5) 浜上代理論については、拙稿・前掲34頁以下参照。  
 (6) 遠田代理論については、拙稿・前掲32頁以下参照。  
 (7) 旧伊藤代理論については、拙稿・前掲38頁以下参照。  
 (8) 高橋代理論については、拙稿・前掲44頁以下参照。  
 (9) 佐久間代理論については、拙稿・前掲49頁以下参照。

### 3 統一要件論の評価と課題

- (1) 統一要件論の基本視点  
 (i) 代理と私的自治

代理の法的構成に当たってのMüller-Freienfelsの基本視点は、私法の基本理念である「私的自己経営 (Selbstbetrieb)」, すなわち私的自治の原則と調和させることにある。ドイツ私法では、代理を法律行為制度の中に位置づけている。この法律行為制度は、いうまでもなく私法の基本理念である「私的自治」を、私法秩序において保障するために制度化されたものである。また、代理は、私法秩序における私的自治の拡張あるいは補充としての機能を担うものであるとみる点では一致しており、異論をみない。このように代理は、私的自治の原則と密接に結びつき、私的自治の原則の配下にある。このことから、Müller-Freienfelsの基本視点は、まさに卓見であり、かかる基本視点到に留意しながら、代理の法的構成を検討する必要がある。このことは、今日、代理の法的構成論

議における常識となっていることでもある<sup>(1)</sup>。

そして、Müller-Freienfelsがかかる基本視点からみて、代理人行為説は、この私的自治の原則と全く矛盾すると批判する。しかし、かかる批判は、一面では正当であるが、他面では私的自治との調和を貫徹させるにあたっての限界を示すものである。代理人行為説も私的自治との調和を無視したわけではない。於保博士の指摘するように<sup>(2)</sup>代理人の私的自治という点では調和する。代理の法的構成に当たっては、このことは軽視できない。ただ、代理人行為説は、このことをもって代理なる法律行為の法的効果発生 of 全てであると言い切るがために、代理人にではなく本人の権利義務を変動させるという代理の法的効果と私的自治原則の調和がとれないという意味でMüller-Freienfelsの批判は正当である。

このため、代理を、私法の基本理念である私的自治と調和させ位置づけるにあたっては、誰との関係における私的自治との調和なのかをも基本視点に入れることが重要である。

#### (ii) 本人・代理人・相手方の関係

Müller-Freienfelsは、本人と代理人の関係を、代理の法的効果は「代理権授与者と任意代理人とで『意欲された』」ものであり、不可欠等価値での両者の共同を強調する。この限りでは、Mitteisの共同行為説の流れを汲む。しかし、Mitteisは、代理の法的効果を、本人と代理人が「共同で意欲する」とみているに対して、Müller-Freienfelsは、本人も代理人もそれぞれが独立して「意欲」し、それが不可欠等価値で共同するとみる点で異なっている。このことによって、共同行為説に対する「意思の分割」の批判<sup>(3)</sup>を回避する。

ところで、代理の法的構成に当たって、いずれの説においても本人と代理人の関係を視野に入れていないわけではない。擬制説では「代理人の意欲＝本人の意欲と擬制」関係、本人行為説では「本人の意欲＋代理人は本人意思の担い手」の関係、代理人行為説では「代理人の意欲＋本人の代理権授与が前提・条件」関係とみていることから両者が関係することは不可欠と認識していたわけである。ただ、両者の関係を「等価値での共同」とみたのが共同行為説であり、統一要件論の基本視点である。しかし、統一要件論が、その法的構成において、本人と代理人を「等価値」に置いて、共同するものとして構成しているかは疑問である。この点の検討は、後に譲るが、「本人の代理権授与に重点を置きつ

「つ+代理人の代理行為が共同」する関係として構成されているのではないかと思われる。この結果、基本的にはMüller-Freienfels代理論に立脚しながら、「本人の代理権授与」の重点をより強める一方で、「代理人の代理行為」の共同を希薄なものとして構成する代理論<sup>(4)</sup>を生み出す契機ともなっている。

しかし、代理を私的自治と調和させるには、本人の意思と代理人の意思を、まさに「等価値」に置いて共同するものとして構成することが不可欠である。両者の関係を、一方が他方の擬制・担い手・前提・条件・主と従として構成するときは、他方の私的自治が無視されたり、支配下に置かれたり、実質意味のないものとして扱われたりすることは必然である。この意味では、その法的構成には成功していないが、本人・代理人の関係の基本視点としては共同行為説が正当といえる。

また、統一要件論は、本人と代理人の共同を統一要件として構成する。相手方との関係には何ら言及していない。これは、従来のいずれの見解においても、その法的構成の前提に、本人・代理人・相手方の三者関係を本人・代理人側と相手方との関係として捉え、本人・代理人側についてのみ法的構成を議論してきたことの流れから脱却していないことを意味するものである。代理を私的自治と調和させるとするならば、代理を構成する相手方の私的自治という視点も不可欠である。このためには、三者の関係を正しく位置づけることも基本視点としなければならない。

- 
- (1) 今日、ドイツではFlumeやPawlowskiを中心とする代理法研究者の支持するところであるし、わが国でも浜上代理論、遠田代理論、旧伊藤代理論、高橋代理論、佐久間代理論などの代理法研究の出発的となっていることでも明らかである。
  - (2) 於保不二雄・民法総則講義（1953・有信堂）216頁。
  - (3) 中島玉吉「代理ニ就テ」京都法学会雑誌2巻7号（民法論文集所収・1925・金刺芳流堂）22頁。
  - (4) Flume代理論（高橋・前掲書87頁以下、佐久間・前掲167頁以下参照）、Pawlowski代理論（高橋・前掲書106頁以下、佐久間・前掲178頁以下参照）、浜上代理論（拙稿・前掲34頁以下参照）、高橋代理論（拙稿・前掲44頁以下参照）、佐久間代理論（拙稿・前掲49頁以下参照）。

## (2) 統一要件論における代理権授与行為の性質

統一要件論では、本人による代理権授与行為は、それ自体、法律行為である

が、代理権授与行為のみでは代理効果は生ぜず、代理効果を生じさせる代理なる法律行為の構成要件としての性質を併有するという。遠田教授は、「Müller-Freienfelsは、Husselの理論を援用して、本人の意思が代理権の授与と代理の効果の発生 of いずれにも向けられていることを証明し、代理権授与行為の法律行為性を肯定しようとする」ものと指摘する<sup>(1)</sup>。岡松博士<sup>(2)</sup>は、法律行為の一般論として、それ自体、法律行為であると共に法律行為の構成要件となることについては肯認されている。すなわち、従属的意思表示が法律行為であるかどうかの問題において、独立して直接に一定の法律上の効果を生ずることなく他の法律事実の効果にある影響を及ぼす意思表示でも、法律行為であるとする。なぜなら、この問題は要するに法律行為の本質、すなわちその意思表示が意思表示として法律上の効果を生ずるか否かによって決せられるべきである。しかるに従属的意思表示は、独立的意思表示のごとく独立した効果を生ずることなく、他の法律事実の効果を生ずるにすぎないものではあるが、法律行為たるや否やの標準は、法律がその意思に基づきたる固有の効果を生ぜしめるかどうかであり、その効果が他の法律事実の効果と関連するかどうかは問わない。そこで従属的意思表示はその固有の効果を生じさせるものであるから、その従属する法律事実と分離し独立して一個の法律行為を成すものと認めておられる。このことから、代理権授与行為の性質についての統一要件論の見解は、法律行為の一般論としては肯認できる。

これに対して、高橋助教授は、代理権授与行為は、法律行為でないとして批判する<sup>(3)</sup>。「代理権の授与が、本人によって意欲されていることは事実である。しかし、それは、代理権授与行為が独立の法律行為であることを意味するものではなく、『表示』の部分に相当する代理行為が、本人の効果意思に支えられていることを意味する。本人の意思は、代理人を介して生ぜしめられる効果にまで及んでいる。本人にはこの効果こそが重要なのであって、代理権授与は、そこに達するための一つの段階にすぎない。」<sup>(4)</sup>。「代理人の行為が付け加わらなければ、本人の側の行為は完了しない。」<sup>(5)</sup>。「代理権授与行為そのものを一つの法律行為と解し、その根拠を、法律効果の評価を独立に行う権能が与えられることに求めたため、彼の理論は極めて難解なものとなってしまった。」と批判する<sup>(6)</sup>。

たしかに、本人は、いわゆる代理権授与といわれている行為に際しては、代

理人に自分に代わって法律効果の評価を独立して行わせようとする意思と、代理人を介して生ぜしめられる効果を自らに生じしめる意思を持つ。Müller-Freienfelsは、前者の意思によって代理人に「本人に代わって法律行為の評価を独立して行うことのできる権限」、すなわち「代理権限」授与という法的効果が生ずると解することの結果として、代理権授与行為は法律行為であるとみる。この点は、代理人行為説における代理権授与行為の性質理解と共通する。しかし、代理人行為説では、このような代理権授与行為から生ずる法的効果の存在、すなわち代理権の存在を代理効果の前提なり、条件なり、有効要件なりとして独立した独自の法律効果として位置づけている。これに対して、統一要件論では、代理効果を生じさせる過程での法的効果としての位置づけにすぎず、独立した独自の法的効果としては位置づけられていない。この意味では、高橋助教授の指摘するように、本人による代理権授与と言われている行為は、代理効果に達するための一つの段階的なものでしかない。ただ、それは、本人の意思を出発的とし、それに代理人の行為が加担するという段階的な状態にあるのではなく、それは代理効果を生じさせるため、代理人の行為と併存する一つの要素とみるのが正当である。つまり、本人による代理権授与といわれている行為に際しては、代理なる法律行為の成立に向けての二つの効果意思は存在するが、それによって代理人に特別の法的効果が生ずるものでないことから法律行為ではない。それは、代理なる法律行為の構成要件としての一つの意味表示にすぎないのである。それ故、統一要件論のいうように、代理権授与行為によって代理効果は生じないのである。

---

(1) 遠田・前掲75頁参照。Müller-Freienfels, a.a.O.S. 201ff.

(2) 岡松参太郎・法律行為論（1914・有斐閣）16頁，18頁。ただ，代理権授与には直接ふれておられない。

(3) 高橋・前掲書19頁。

(4) 高橋・前掲書80頁。

(5) 高橋・前掲書81頁。

(6) 高橋・前掲書79頁。

### (3) 統一要件論における代理人の代理行為の性質

統一要件論では、代理人の、いわゆる代理行為の性質を、意思表示ではあるが、法律行為ではないとみる。代理人は、本人の代理権授与行為により与えら



れた、本人に代わっての「法律効果の評価を独立して行う」という意味では意思表示を行っているが、自己へ効果帰属を欲していないことから法律行為ではないとみる。

佐久間教授も、高橋助教授の「代理人が法律効果を独立に評価する」が如何なる意味か明らかでないとの批判<sup>(1)</sup>に対して「これは、本人によって与えられた権限の枠内では、代理人は自由に本人のために意思決定を行えるという意味」である<sup>(2)</sup>として、代理人による意思決定の存在を確認しながら、そのような代理人による法律行為の評価「決定は、売買契約であれ、代理人が自ら売主または買主(つまり法律行為の主体)になるという決定ではない。すなわち『自己決定』ではない。従って、代理行為はそれ自体代理人の法律行為ではない。」<sup>(3)</sup>として、代理行為の性質を意思表示ではあるが法律行為ではないとする統一要件論を肯認する。

高橋助教授は、「ここにいう『独立の評価』はいかなる意味であるかは明らかでないが、もし、代理人がこの評価に際して効果意思を持つというのであれば、代理人が表示をすることは明らかであるから、代理行為も法律行為とならざるをえないが、Müller-Freienfelsは代理人に自己決定のないことを理由にこれを否定する。自己決定のないことは、結局、効果意思のないことに落ち着く。『本人のためにする』代理人の意思が、本人に法律効果を生ぜしめるという効果意思でないことは、このようにして証明される。」<sup>(4)</sup>として、代理人の効果意思の存在を否定する。このことから、代理人の行為は、意思表示ではなく、代理なる法律行為の構成要件である意思表示を形成する「本人の効果意思を担った表示」<sup>(5)</sup>としての性質をもつにすぎないとみる。

しかし、いわゆる代理行為においては、代理人は、Müller-Freienfelsや佐久間教授の指摘のように、代理なる法律行為の内容についての「法律効果を独立に評価」という意思決定が行われ、そこでは評価した内容に対応する代理効果を生じさせるという効果意思がみられる。他方、代理人行為説が強調するように、代理人は、自らの意思決定に基づく評価に対応した内容の法律効果を、自己にではなく、本人に生じさせようとする意思決定も行われている。このことから代理人の行為は、代理の効果内容と効果帰属の二要素についての効果意思を持った意思表示である。ただ、そのような効果意思のみでは、本人あるいは相手方に、何らの法的効果を生じさせるものではないことから、代理行為は

法律行為ではない。すなわち、いわゆる代理行為といわれている代理人の行為は、代理の効果内容と効果帰属に係わる効果意思を持った一つ意思表示であり、代理なる法律行為の構成要素となるものである。

- 
- (1) 高橋・前掲書79頁。
  - (2) 佐久間・前掲164頁。
  - (3) 佐久間・前掲164頁。
  - (4) 高橋・前掲書79頁。
  - (5) 西山井依子「代理の理論的根拠」法学の諸問題（1979・大阪経済法科大学出版）361頁。

#### (4) 統一要件論における代理権授与行為と代理行為の「結合」

統一要件論は、それ自体、法律行為であると共に、代理なる法律行為の構成要件としての性質を持つ代理権授与行為と、法律行為ではないが意思表示としての性質を持つ代理行為とが「統一（総合）」して、代理なる法律行為が成立し、代理効果が生ずるとみる。そして、代理権授与は、「代理人に自分に代わって法律効果の評価を独立して行うための権限」を授与するという法律効果に向けられているだけではなく、代理効果を自らに生じさせるという法律効果にも向けられていることから、代理行為との「統一（総合）Gesamt」は、「機械的結合」ではなく「化学的結合」であるとみる。さらに、代理権授与により生じた「権限授与」を前効果として、代理行為が共同する関係でもないとする。すなわち、代理権授与行為と代理行為の結合は「本人の代理人への権限授与を生じさせる法律行為及び自己に代理効果を生じさせる効果意思・意思表示＋代理人の意思決定に基づく意思表示＝代理なる法律行為成立」の状態にあるとみる。わが国では、遠田代理論<sup>(1)</sup>や、旧伊藤代理論<sup>(2)</sup>は、これに依拠している。

ところで、代理の法的構成に当って、代理権授与と代理行為とを結合させることについては正当と評する見解が多い。高橋助教授は、代理権授与行為と代理行為を一体となって一つの法律行為を形成するという理論は極めて正当と評する<sup>(3)</sup>。佐久間教授も、そのことによって、「代理における本人の意思の関与を確保した。他方『権限』を授与された代理人は、その権限内で、自由に（本人のための）意思決定できることも認めた」と捉えている<sup>(4)</sup>。

しかし、高橋助教授は、統一要件論では「法律行為の主体が誰であるかが

はっきりしない。もし本人と代理人が共に法律行為の主体であるというのなら、自己決定しない代理人も法律行為の主体となってしまう、矛盾が生ずる。」<sup>(5)</sup>。また、Müller-Freienfels、も二つの意思に質的な差があることに全く気づいていないわけではないが、法律行為の主体は本人のみであると言明しない点において、代理の法律効果を一部は代理人の意思に、一部は本人の意思に帰せしめたMitteisと同じ誤りを犯している。右の誤りは、「行為としての意思表示とその結果たる法律行為の関係を正しく理解していないことから生ずる」<sup>(6)</sup>として批判する。しかし、かかる批判は、妥当でない。共同行為説では、一つの意思表示を本人と代理人で共同して行うとみているの対し、統一要件論では、本人の意思表示と代理人の意思表示が結合して一つの法律行為を構成するとみているわけで、共同行為説に対すると同様の批判は当てはまらない。さらに、かかる批判を前提として、高橋助教授は、代理なる「法律行為の成立には、法律効果の発生に向けられた意思、効果意思が必要であるから、代理権授与行為と代理行為からなる法律行為における効果意思は、本人が形成すると考えなければならない。」<sup>(7)</sup>。「だから、自己決定をなす本人のみが、法律行為の主体となる意思、効果意思を持ち、代理人の意思はこの本人の意思の実現に奉仕するにすぎないと考えなければならない」<sup>(8)</sup>。すなわち、両者の共同は、代理権授与に表明された本人の効果意思とそれを担った代理人の表示が合体して一つの意思表示が形成される関係にあるとして、自説を展開する<sup>(9)</sup>。そこでの「結合」は、「本人の効果意思+代理人の表示=一つの意思表示」の状態とみる。また、佐久間教授も、統一要件論においては、代理における法律行為の当事者は誰かという問題設定がみられないと評する<sup>(10)</sup>。そして、「そこで代理人が行うのは、あくまで本人を売主・買主とする売買契約についての意思決定である。しかし、だからといって、代理人は本人の意思を活動させ、現実化するものではない」「代理人は、本人によって始められ法律行為の構成要件を、独立の意思決定を行うことによって、先に延ばし、完成させるのである。」<sup>(11)</sup>として自説を展開する<sup>(12)</sup>。そこでは、「本人の法律行為+代理人の意思決定・意思表示=本人の法律行為の完成」の結合状態とみる。

なお、浜上教授は、「代理権授与と代理人の行為とが代理効果の構成要件をなす」ことを肯認しながら「代理の内容が法律行為であろうがなかろうが代理の本人にとっては無関係であり本人に代わって行為することこそ代理の本質で

ある」とみる<sup>(13)</sup>。その意味するところは十分に理解仕切れないが、「代理権授与+代理人の行為=代理効果発生」とみていることは確かである。

これらいずれの法的構成においても、本人の代理権授与行為に代理人の意思関与が結合するものと捉えている点で、代理人を、単に「本人の意思の担い手」として、代理人の意思関与を観念しない本人行為説と一線を画している。しかし、高橋見解では、代理人の意思関与は一つの意味表示に向けられた表示意思としての関与にすぎない。本人行為説における「本人の意思の担い手」と実質的な差異がみられない。この意味では、代理人の意思関与を軽視した本人行為説に対する批判と同様の批判を甘受しなければならない。また、佐久間見解では、代理人の意思関与は自らの意思決定に基づく意思表示としての関与である点で、代理人の意思関与を観念しない本人行為説とは異なることは明らかであるが、ただ、その関与は本人の法律行為の完成に向けられた関与にすぎない。これが代理なる法律行為の成立にどのような関係にあるのか明らかでない。また、代理人が独立の意思決定を行うことによって、本人の法律行為の完成を先に延ばして完成させるというのは、法律行為論としては、どのようなことを意味するのかが曖昧である。この限りでは、統一要件論は、代理人の意思関与は、代理なる法律行為の成立に向けられたものであり、その構成要素となることによって、代理人の意思関与を正当に位置づけているものと評することができる。ただ、代理権授与行為と代理行為との結合関係は、高橋助教授の指摘のように難解である。また化学的結合として捉えなければならぬものなのかについても疑問である。この原因は、代理権授与行為の性質を法律行為であると共に代理なる法律行為を構成する意思表示にすぎないとみたことに起因する。前述のように、代理権授与行為も法律行為ではなく単なる意思表示にすぎないものであり、また代理行為も意思表示にすぎないもので、このような両者の意思表示が結合することによって、代理なる法律行為を構成すると素直にみるべきではないか。これは、契約は、申込の意思表示と承諾の意思表示との一致によって成立するのと同様である。すなわち、代理なる法律行為は本人の意思表示と代理人の意思表示、それに加えて相手方の意思表示が共同することによって成立するとの法的構成の前提となるものである。このことから、代理権授与行為と言われている本人の意思表示と、代理行為と言われている代理人の意思表示の結合は、単純な機械的結合状態にすぎないものであり、これに相手方の

意思表示が単純機械的に結合して代理なる法律行為が成立し、代理効果が生ずるとみるべきである。

- 
- (1) 遠田代理論については、拙稿・前掲32頁以下参照。
  - (2) 旧伊藤代理論については、拙稿・前掲38頁以下参照。
  - (3) 高橋・前掲書77頁。
  - (4) 佐久間・前掲167頁。
  - (5) 高橋・前掲書77頁。
  - (6) 高橋・前掲書78頁。
  - (7) 高橋・前掲書79頁。
  - (8) 高橋・前掲書77頁～78頁。
  - (9) 高橋代理論については、拙稿・前掲44頁以下参照。
  - (10) 佐久間・前掲164頁。
  - (11) 佐久間・前掲164頁。
  - (12) 佐久間代理論については、拙稿・前掲49頁以下参照。
  - (13) 浜上・前掲 (二完) (阪大法学28号) 78頁。

## (7) 統一要件論における代理権限

### (i) 代理権限の性質

統一要件論では、本人の代理権授与行為によって、代理人に代理権という権能を与える。この代理権能は、組織的な特別の地位（資格）を意味するが、本人の第一次的権限に対して、二次的である。それは、本人に代わって法律効果の評価を独立してなすこと、すなわち代理効果の効果内容決定を代理人に委託していることであると位置づけている。すなわち、代理権限を、代理人に与えられた独立の地位ないし資格とみている。この限りでは、代理権限をどのような性質のものとみるかは別にして、代理人行為説における構成と異ならない。統一要件論の出発点は、Mitteisと同様に、代理を本人の意思と代理人の意思の共同と構成しようとするところにあるが、Mitteisの共同行為説とは、代理権限の位置づけにおては、全く異なった構成になっている。Mitteisは、本人の意思と代理人の意思の併存共同と構成する。その共同によって一つの意思表示になるとする点は疑問ではあるが、Müller-Freienfelsがいうように本人と代理人とを等価値における共同を強調するのであれば、共同行為説と同様に、本人の代理権授与行為と言われている意思表示と、代理人の代理行為と言われている意思表示が併存し共同すると構成する方が優れた構成ではないかと思われる。

る。統一要件論が、このような構成帰結に至らなかったのは、代理権授与行為の性質を法律行為と捉え、それだけで法的効果が発生するものとみたことに原因がある。これも代理人行為説の残影である。また、このような代理権限は、第二次的権限であるとみる。しかし、これでは、代理権限は代理効果を生じさせるにあたっての前提ではないといい、等価値に位置づけられるものであるとやってきたことと矛盾する。このため、本人の代理権授与行為といわれる意思表示の存在を観念するだけでよい。そのことによって代理人に独立した代理権能が授与されるものであると観念する必要はない。代理人に代理権能が授与されているかどうかということと、代理人が、本人に代わって本人のために代理の効果内容を独立して決定できるかということとは連動しない。代理人は、かりに代理権限が授与されていなくても、代理の効果内容を決定することができる。ただ、それが、本人の代理権授与行為と言われる意思表示と共同しないと、その決定した内容に対応した法的効果が本人に生じないだけのことである。このことから代理権限は、代理権授与行為と言われる本人の意思表示そのものであり、そして、代理なる法律行為が成立するには、そのような代理権限といれてきた意思表示が存在しなければならないものと構成すべきである。

#### (ii) 包括代理権との関係

包括代理権の場合、代理の法的効果内容の決定が代理人に包括的に委ねられていることから、本人による代理人への「本人のための法律効果の独立評価」権限の授与と矛盾しないか問題になる。そこで、統一要件論は、代理権授与は、代理人が欲したことに拘束されるという本人の意欲を意味し、代理人の行為の結果に対する承認であるから、矛盾しないとみる。このことは妥当である。それはまさに、代理権限といわれているものの性質を「代理人に与えられた独立の地位ないし資格」としてではなく、前述のように、本人の「代理人に効果内容の決定を委ね」「代理人が欲したことに拘束される」との意思表示とみることを前提としたものである。

#### (8) 統一要件論と無権代理の追認

統一要件論では、無権代理は、本人の代理権授与行為に基づく「法律効果の独立の評価」権限に基づかないで、代理人が本人のために法律効果を独立して評価している場合ということになる。このため、代理なる法律行為は成立しない。そこで、その後、本人が追認した場合はどうか。統一要件論では、追認は、

法律行為ではなく代理なる法律行為の部分にすぎないとみる。そうだとすると、無権代理の場合は、本人の法律行為でない追認＝意思作用と代理人の行為＝意思表示で代理なる法律行為の効果を、本人に生じさせることになる。代理なる法律行為は、それ自体、法律行為であるとともに構成要件である代理権授与行為と、意思表示としての代理行為との化学的結合によって成立するとみるのに対して、無権代理では本人の法律行為でない意思作用と代理人の意思表示である代理行為で代理効果が生ずるということになり、法的構成としては一統できない。しかし、本人の意思作用が代理権授与として先行するのと、追認として遅れて行われるのとで、それほどの違いがあるとみてよいか疑問である。

それよりも、前述したように、有権代理では代理権授与行為と言われる本人の意思表示が先行し、代理行為と言われる代理人の意思表示が遅れて存在し、これらはが共同して代理効果を生じさせるのに対して、無権代理では、代理人が「本人のために法律効果を独立して評価」するという意思表示が先行しているところに、本人による代理人によって評価された内容の法的効果を自己に生じさせるとする意欲、すなわち追認が併存し、共同することによって代理効果が生ずるとみることによって、本人の意思表示の存在の先後にかかわらず統一的に構成することができ、法的構成として素直ではないかと思われる。

#### (9) 統一要件論と代理規定の適合性

統一要件論は、代理に関するドイツ民法164条に規定する「権限内で」「本人の名において」の二つのメルクマールに対応した構成であるとみる。わが国の民法99条の文言とも対応する。そして、代理なる法律行為の成立に当たって、「本人の名において」のメルクマールにしか注目しない代理人行為説を批判する。これはまさに卓見である。この限りでは、統一要件論は代理規定適合性を持つ。ただ、この二つのメルクマールは、それらの規定の文言から導き出されるものにすぎない。代理なる法律行為成立のためには、これらの二つのメルクマールを認識した上で、「自己と代理人とで決定した内容の法的効果を本人に生じさせる」というメルクマールは論理必然的に存在する。統一要件論は、このような相手方のメルクマールが欠如している点で、代理規定の適合性を欠くものである。このことは、これまで述べてきたように、三面的契約説を除いて、統一要件論に限らず、これまで法的構成を試みてきた諸見解においても同様である。

また、統一要件論は、BGB § 166条との適合性については、当該規定自体、法的構成論からは演繹できるものではないとする。このBGB § 166条に限らず、その他の代理規定との適合性についての検討は、具体的な解釈的検討を要することからここでは留保する。

#### (10) 統一要件論における法定代理

法定代理では、任意代理のように本人の代理権授与行為を觀念することができない。そこで、代理なる法律行為の構成要件として本人の代理権授与行為を要件としない代理人行為説においては、法定代理を任意代理と統一的に構成することが可能になる。しかし、統一要件論では困難である。もっとも、それに代わって法定による代理権授与を代置し、任意代理と同様の法的構成を試みる事が考えられる。しかし、Müller-Freienfelsは、そのような考えを否定する。それでは、「法律による意思」を擬制せざるを得ないからである。

そこで、統一要件論は、法定代理では、国家のような法定代理権授与者は、代理なる法律行為には関与しない。本人の側の一人（法定代理人）だけが欲しているだけにすぎない。この法定代理人の行為は法律行為ではないとしながら、本人は完全なFremdbestimmungにさらされ、本人に効果が生ずる。そこで、利益評価が適当である限り、法定代理人の行為に法律行為に関する規定を適用することをさまたげないとする。しかし、法律行為でない法定代理人の行為を前提として、たとえFremdbestimmungに基づく他人効であるとしても、本人に効果を生じさせることは法律行為論としては説明されていない。そのためには、法定代理は、法律行為でない法定代理人の代理行為という意思表示の存在だけで、法定効果を生じさせる現象であると言い切らざるを得ない。このためか、統一要件論では、法定代理は純粹に私法的とはいえない。「後見人の私法上の代理権」というのは適当でないとして、私的自治を前提とする私法秩序に馴染まないものであることを肯認する。

そうだとすると、法定代理といわれている現象については、利益評価が適当であるかどうかという意味不明な判断要素を介在させて代理法理と接合させることを諦め、別の法的構成を試みて、私法秩序に位置づけるべきである。私見では、かつて「機関法理」の形成を試みてはと提言したことがあるが<sup>(1)</sup>、この検討は、ここでは留保する。ただ、任意代理と法定代理との統一的構成に反対する見解が有力になりつつあり<sup>(2)</sup>、その検討の重要性を痛感する。



- (1) 拙稿「代理の法的構成に関する議論はどういう方向で整理すればよいか」椿記念論文第4巻19頁, 20頁では, 任意代理と法定代理の共通項を見いだすことの必要性への再考と共通的構成という思考の止揚を提言した(同旨, 平野裕之・民法総則(2003・日本評論社)316頁)。なお, 拙稿「わが国における代理の問題状況」法律時報78巻6号89頁では, 法定代理を機関法理として展開してはとの方向性を指摘した。
- (2) 佐久間・前掲198頁。

### 三 統一要件論と私的自治

Müller-Freienfelsは, 代理の法的構成に当って, 私法の基本理念である私的自治の原則と調和させることを基本命題として展開する<sup>(1)</sup>。この基本命題に基づいて構成されたのが統一要件論である。この基本命題については, Müller-Freienfels代理論の展開以来, 今日までに, ドイツ及びわが国の代理法研究に多大の影響を与え<sup>(2)</sup>, また, かかる基本命題を念頭においた代理の法的構成が試みられてきている。

ところで, 統一要件論は, 代理を私的自治原則と調和させることに成功したかである。私的自治とは, Flumeがいうように「自己の意思にしたがって個人による法律関係の自己形成」であり, 「人間の自己決定という一般的原理の一部」である<sup>(3)</sup>。このことからすると, 代理の法的構成が, 私的自治と調和したといえるためには, 代理を構成する本人, 代理人, 相手方が, 各人が独立して, 自己の意思にしたがって自己決定を行ない, そのことによって自己の法律関係が形成されていると構成する必要がある。かかる観点に立つとき, その結論を先取りすると, 統一要件論は, 後述のように, 本人の私的自治は正しく位置づけで構成しているが, 代理人及び相手方の私的自治については, それがどれだけ思考されているか疑問である。統一要件論は, 代理の法的構成において本人の私的自治に専念するものでしかなかったと評し得る。

#### (i) 統一要件論における本人の私的自治

統一要件論では, 本人は代理権授与行為において, 代理人に「法律効果の評価」を委託し, 代理人によって行われた法律効果の評価にもとづいて生ずる代理効果を「自らに生じさせる」という意思決定がなされ, その意思決定に基づいて代理人に代理権限授与の効果が生じ, 代理人の代理行為と結合して代理効

果が自己に生ずると構成する。代理の効果内容の決定においても、また代理効果の自己発生についても、本人の意思決定に基づくものであることから、まさに本人の私的自治に適合する構成である。

(ii) 統一要件論における代理人の私的自治

統一要件論では、代理人は、本人から委託された「法律効果の評価」すなわち、代理の効果内容を自らにおいて決定する。このかぎりでは、代理効果の一面に係わっては代理人の私的自治に基づく。しかし、それは、本人のために決定するものであり、本人の私的自治に役立つことによってのみ、一般に私法上承認されるとか、本人の第一次権限に対して第二次的にすぎないと位置づけられている。これでは、代理の効果内容に関して、代理人の私的自治を独立したものとしては位置づけていない。代理人の私的自治は本人の私的自治の傘の下でのものでしかない。他人の私的自治の傘の下で支配を受けながらでしか認められない私的自治は、正しく構成されているとはいえない。このような位置づけ構成は、不要である。

また「本人に効果を生じ、代理人には効果が生じない」という代理特有の効果帰属と、代理人の意思決定との関係が明確に構成されていない。そこでも、かかる効果帰属が、代理人の意思決定に基づく結果であることを明らかにすべきである。

(iii) 統一要件論における相手方の私的自治

統一要件論の出発的は、これまでの法的構成論議に違わず本人・代理人側と相手方という二当事者関係を前提としていることから、相手方の位置づけ、あるいは私的自治には何ら言及していない。相手方は、本人・代理人に対比する独立の当事者として、当然に、自らの意思決定に基づき行為するものであるから、相手方の私的自治につき言及するまでもないということであると推測される。

しかし、代理では、相手方は、「代理人との間で代理効果の内容を決定するが、代理人にではなく本人に、その決定した内容に対応した効果を生じさせる」という通常でない法律関係の形成に参画することになる。そうだとすると、このような通常でない法律関係の形成との関係において、相手方の私的自治を位置づけなければならない。このことに関しては、Müller-Freienfelsは、「相手方が法律効果が本人に帰属するということを知らなければならない」と言及す

る。代理効果が本人に生ずることに係わっては、相手方の意思決定の関与を無視するものではないようであるが、代理なる法律行為の構成要件としては構成されていない。

このことから、相手方を、通常でない法律関係の形成に参画させるには、相手方は、自らにおいて代理の効果内容を決定し、その決定した内容に対応した法的効果を自らに生じさせると共に、行為の相手方である代理人には生じさせないで、本人にのみ生じさせるという意思決定を行っている結果であると構成すべきである。このことによって、はじめて、相手方の私的自治も、代理の法的構成において正しく位置づけることができるのである。

- 
- (1) なお、フランス代理法における、代理と意思自治の原則との調和についての諸見解については、西山・前掲343頁以下参照。
  - (2) ドイツでは、FlumeやPawlowskiらがこれに賛同し、わが国では浜上、遠田、伊藤、高橋、佐久間なども賛同している。
  - (3) 高橋三知雄「Flumeの法律行為論」関大法学18巻4・5・6合併号437頁 (Flume, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts II Das Rechtsgeschäft. 1965)。